

생명공학과 책임문제*

- 유전공학을 중심으로 -

강 봉 석**

< 차 례 >

- | | |
|---------------------------------|------------------------|
| I. 들어가는 말 | 2. 독일 유전공학법상의
위험책임 |
| II. 책임의 원칙 | 3. 우리 나라에서의 유전
공학책임 |
| 1. 귀책근거 | IV. 맺는 말 |
| 2. 과실책임의 원칙 | |
| 3. 위험책임 | |
| 4. 국제무역기구(WTO) | |
| III. 유전공학과 책임문제 | |
| 1. 유전공학의 특질과 이에
따른 책임문제의 특수성 | |

I. 들어가는 말

과학기술의 발전은 인류로 하여금 종전에 경험하지 못했던 많은 편익을 누리게 할뿐만 아니라 인간을 많은 질병으로부터 해방시키는 등 인류의 복지 증진에 큰 기여를 하고 있는 반면에, 과학기술의 발달과 더불어 인간의 환경을 오염시키거나 한 순간에 인류를 재앙으로 몰고

* 이 논문은 2001년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음

** 이화여자대학교 법과대학 조교수

갈 수 있는 핵기술의 등장 등으로 인하여 오히려 인간의 존엄성을 손상시키고 있는 측면이 있다. 따라서 이러한 과학기술의 발전에 따라 이에 대응하는 법제도적인 기반의 마련이 필요하다. 그리하여 우리 나라를 비롯한 각국에서는 과학기술의 육성과 규제를 위한 개별법들을 제정하여 가고 있는 실정이다. 대부분의 과학기술관련 법률들은 이들 기술에 대한 규제의 측면보다는 국가경쟁력의 강화를 위하여 그 기술의 육성·발전을 위한 제도를 마련하기 위한 규정들로 구성되어 있다. 그러나 과학기술의 발전이 가져다주는 편익과 함께 이에 수반하여 그 위험성도 증대되므로 법적인 규율에 있어서는 그러한 기술의 육성이라는 정책적 목표를 달성하기 위한 제도의 마련뿐만이 아니라, 그러한 위험을 사전에 예방하기 위한 제도적 장치와 아울러 그러한 위험이 현실화되었을 때 피해자를 여하히 구제할 것인가에 대한 법적 구제수단을 마련하는 것이 필요하다. 이러한 과학기술의 발전에 대한 법적 대응방안 중에서 본고에서는 생명공학, 특히 유전공학의 발전에 따른 법적 문제¹⁾에 대하여 살펴보고자 하는데, 특히 어떠한 법리를 통하여 이러한 기술로 말미암은 손해에 대하여 전보시킬 것인가를 중심으로 논의를 전개하고자 한다. 특히 새로운 과학기술의 발전에 따라 등장한 새로운 위험원의 운영을 통하여 발생한 사고손해에 대한 배상문제는 기존의 불법행위로 인한 손해배상책임법리로는 공평 타당하게 해결될 수 없는 측면이 존재하므로, 이러한 손해를 공평하게 부담시키기 위하여 기존의 불법행위이론이 어떻게 대응하여야 하는가를 중점으로 살펴보고 대응방안의 일종으로 거론되는 위험책임의 법리와 그 문제점에 대하여 유전공학기술을 중심으로 살펴보고자 한다.

1) 유전공학의 발전과 그에 따른 법적 문제에 관하여는 졸저, 독일유전공학법, 이화여대 법학연구소(2000) 4면 이하 참조

II. 책임의 원칙

1. 귀책근거

법익에 발생하는 손해에 대하여는 그 법익의 소유자가 스스로 부담하는 것이 원칙이다('casum sentit dominus'). 이러한 원칙은 모든 사람은 일상의 위험에 대하여 스스로 부담하여야 하며 다른 주체에게 그 손해를 전가할 수 없다는 기본적인 공평성에 기초한다고 할 수 있다²⁾. 따라서 다른 사람에게 손해를 전가시킨다는 것은 이러한 원칙에 대한 예외를 의미한다³⁾. 따라서 다른 사람에게 손해배상을 청구하기 위해서는 특별한 근거를 요구한다⁴⁾: 왜냐하면 그러한 근거 없이 다른 사람에게 책임을 지우도록 하는 것은 배상의무자의 자유과 재산에 대한 침습(Eingriff)을 의미하기 때문이다. 이와 같이 자신에게 발생한 손해를 타인에게 인수시키기 위해서는 손해의 원인을 다른 사람에게 돌릴 수 있어야(즉 귀책 시킬 수 있어야) 하며, 전체 책임법 체계상 다음과 같은 두 가지의 귀책원칙이 발달되어 왔다.

2. 과실책임의 원칙

과실책임의 원칙은 그 기원을 로마법⁵⁾에서 찾을 수 있으며, 1900년의

2) Larenz/Canaris, SchuldR II/2(13. Aufl.), § 75 I 2

3) 역사적으로 볼 때 이러한 예외가 점차 확대되어 왔으며 따라서 이러한 원칙이 점차 의미를 잃어가고 있는 실정이다.

4) Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld(3. Aufl.), Rn. 5; Kötz, Deliktsrecht(7. Aufl.), Rn. 5; Larenz/Canaris, a.a.O., § 75 I 2

5) lex Aquilia(286. v. Chr.)에 따르면 물건 또는 노예침해시 불법행위를 구성하는 요건으로서 과책(culpa)을 요구하였다. Kaser, Römisches Privatrecht(16. Aufl.), S. 167 ff.

독일민법전은 과실책임의 원칙을 귀책의 원칙적인 형태로 규정하였고
우리민법전도 제750조에서 이에 대하여 규정하고 있다. 예링은 그의 논
문에서 “과실(Schuld)없이는 행위에 대하여 책임지지 않는다. 즉 손해
를 야기했기 때문에 손해배상책임을 부담하는 것이 아니라 과실 때문이
다”라고 과실책임의 원칙에 대하여 설명하고 있다. 즉 과책(Verschulden)
만이 행위에 대한 책임을 근거 지울 수 있고, 따라서 손해배상의무를
발생시킬 수 있는 것이다. 이러한 과실책임의 원칙은 두 가지 기능을
가진다고 볼 수 있다⁶⁾. 먼저 그 원칙은 과책에 대하여서만 책임을 진다
는 적극적인 측면을 가진다. 다시 말하면 자신의 잘못된 행위로 말미암
은 결과에 대하여 과책 있는 행위자만이 책임을 부담한다는 것이다. 소
극적으로 그 원칙은 잘못된 결과나 위법성에 대하여 책임을 부담하는
것이 아니라 과책에 대하여 책임을 진다는 측면이다. 즉 과책이 없으면
책임을 부담하지 않는다는 것이다. 이러한 과실책임의 원칙은 각자에게
행위의 자유(Handlungsfreiheit)를 보장해 주는 측면이 있다⁷⁾.

과실책임의 원칙에서 귀책의 근거로 삼고 있는 과책은 구체적인 표
현형태로서 고의와 과실로 구분된다. 그 중 민사법에서 주로 문제되는
과실의 개념은 “일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 불
구하고 부주의로 그것을 알지 못하고 어떤 행위를 하는 심리상태”를 말
하는데, 이 경우 과실의 유무를 판단함에 있어서 필요한 주의의 정도는
행위자 개인의 능력을 기준으로 하는 것이 아니고, 추상적으로 일정한
업무나 직무에 종사하는 평균인에게 요구되는 주의의 정도라고 이해되
고 있다(추상적 과실)⁸⁾. 이와 같이 과책의 형태가 추상적인 구성요건으

6) Deutsch, a.a.O., Rn. 6

7) v. Caemmerer, a.a.O., S. 263

8) 독일의 경우 과실은 독일민법 제276조 제1항 2문에서 규정하고 있듯이 거래상
필요한 주의(der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt)를 결여한 것으로 정의되

로서 이해되고 있기 때문에 과책의 개념은 발전가능성이 있는 개념이라고 할 수 있다.

그러나 과실책임의 원칙은 법정책적인 면에서 또한 법실무적인 면에서 많은 비판을 받고 있다. 예컨대 법정책적인 이유로 현실에서는 손해배상의 최고한도가 법정되어 있고 위자료청구권이 인정되지 않는 객관적인 책임의 영역이 존재한다는 점이다⁹⁾. 또한 불법행위로부터 발생하는 손해를 공평타당하게 조정하기 위하여 과실의 개념과 기준을 객관화하고 있을 뿐 아니라, 판례는 특히 사고법(im Unfallrecht)에 있어서는 일정한 경우 과실을 사실상 추정한다든지 인과관계를 추정한다든지 위험성이 인정되는 일정한 사업의 운영자에게는 주의의무를 가중하는 방법¹⁰⁾ 등을 통하여 위험책임 내지 무과실책임을 인정하는 입법이 없

며, 객관적인 주의의무의 위반만 있으면 과실을 인정하고 행위자 개인이 그러한 상황에서 달리 행동할 수 있었는가 하는 것은 더 이상 묻지 않고 있다. 이 경우 거래상 필요한 주의는 행위자의 내심의 인식능력에 의하여 결정되는 것이 아니라 객관적으로 유형화된 척도에 의하여 측정된다. 즉 구체적인 사례에서 평균인의 전형적인 인식과 능력에 의하여 정하여 진다. 이에 관하여 Deutsch, VersR 1996, S. 1311; Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt(2. Aufl.), S. 423 ff.

- 9) 즉 위험원의 운영과 관련된 많은 영역에서 위험책임 내지 무과실책임을 인정하고 있는 입법이 행하여지고 있다.
- 10) 예컨대 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결은 TV가 폭발한 경우 인과관계의 추정을 인정하고 있다. “물품을 제조·판매한 자에게 손해배상책임을 지우기 위하여서는 결함의 존재, 손해의 발생 및 결함과 손해의 발생과의 사이에 인과관계의 존재가 전제되어야 하는 것은 당연하지만, 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 경우, 그 생산과정은 대개의 경우 소비자가 알 수 있는 부분이 거의 없고, 전문가인 제조업자만이 알 수 있을 뿐이며, 그 수리 또한 제조업자나 그의 위임을 받은 수리업자에 맡겨져 있기 때문에, 이러한 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 나아가 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 전문가인 제조업자가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀 낼 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 완벽하게 입증한다는 것은 지극히 어려우므로, 텔레비전이 정상적으로 수신하는 상태에서 발화·폭발한 경우에 있어서는, 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발

는 영역에서 실질적으로는 무과실책임을 묻는 것과 다름없는 책임이 인정되는 경우들이 있다¹¹⁾. 비록 손해배상이 문제되는 모든 부분에서 과실책임의 원칙이 적용되는 것은 아니지만, 그렇다고 하여 과실책임의 원칙이 그 중요성을 상실한 것은 아니다. 그러므로 손해배상이 문제될 때는 과실책임의 원칙 뿐 아니라, 다른 귀책의 원칙도 함께 고려하여야 한다. 그러나 다른 귀책의 원칙이 존재하지 않는 경우에는, 비록 과실책임의 원칙이 현대사회의 기술적인 위험을 고려해서 형성된 것은 아니지만 이 원칙이 적용되어야 한다¹²⁾.

3. 위험책임

(1) 서 설

과실책임의 원칙은 기술의 발전과 더불어 확대된 특별법적인 위험책임에 의하여 상당부분 그 중요성을 상실하게 되었다. 즉 위험한 시설의 운영이나 동물의 소유와 같이 위험을 수반한 행위는 그러한 위험이 실현되는 경우 그로 인한 손해배상책임이 문제되는데, 과실책임의 원칙과는 달리 위험책임은 원칙적으로 허용된, 법에 적합한 행위¹³⁾와 결부되

생한 것임을 입증하고, 그러한 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상, 위와 같은 제품은 이를 유통에 둔 단계에서 이미 그 이용시의 제품의 성상이 사회통념상 당연히 구비하리라고 기대되는 합리적 안전성을 갖추지 못한 결함이 있었고, 이러한 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다.”

11) 이에 관하여는 서광민, 과학기술의 발달과 불법행위법의 대응, 민사법학(제21호), 124면 이하 참조

12) v. Caemmerer, a.a.O., S. 267 f.; Deutsch, a.a.O., S. 421

13) erlaubte, rechtmäßiges Verhalten

어 있다. 위험책임을 도입하는 법적인 기초가 되는 것은 현대 산업사회에서 점차 과실의 개념이 변화되고 있다는, 즉 위험의 회피에서 위험의 조절로 주의개념이 변천하고 있다는 점이다¹⁴⁾. 또한 위험책임은, 가능한 한 모든 안전수칙을 준수하고서도 위험이 생길 수밖에 없는 영역에서 범규범이 기술의 적용을 허용하고 있는 데에 대한 조정(Ausgleich)로서의 의미를 지니고 있다¹⁵⁾. 이러한 위험책임은 일반적으로 적용되던 과실책임의 원칙에 대한 예외로서 인식되어 왔다¹⁶⁾. 근본적으로 위험책임은 그 본질에 있어서 현대사회에서 기술로 인한 위험에 대한 법적 반응을 의미하며, 주로 20세기동안에 독자적인 법제도로써 관철되어 왔다고 할 수 있다¹⁷⁾.

(2) 위험책임의 근본사상

(a) 배분적 정의

위험책임은 과실책임의 경우와는 달리 위법하고 책임 있는 행위임을 요하지 않는다¹⁸⁾. 그러므로 위험책임은 허용된, 즉 범규정에 적합한 기술의 사용으로부터 생기는 위험도 포괄하고 있다. 그러므로 기술의 사용자는 자신이 기술을 사용하는 것을 법이 인정하는데 대한 대가로서,

14) Deutsch, VersR 1971, S. 4; Deutsch교수는, 주의(注意)가 오늘날에는 더 이상 위험의 회피가 아니라 위험의 조절이라고 말하고 있다.

15) Nicklisch, VersR 1991, S. 1096

16) Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung(2. Aufl.), S. 45 ff.

17) Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I 1 a); Esser, a.a.O., S. 55; Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeldt(3. Aufl.), Rn. 354 f.

18) Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I 3 b); BT-Drucks 10/6775, S. 292; Rinck, a.a.O., S. 5; Deutsch, VersR 1971, S. 4; Esser, a.a.O., S. 105 ff.; 이에 반해 v. Bar는 위험책임도 역시 위법성에 대한 책임이라고 보고 있다. 이에 관하여는, v. Bar, Verkehrspflichten, S. 131 ff.

비록 법규정에 적합한 사용을 통하여 위험이 생긴 경우에도 역시 책임을 져야 한다¹⁹⁾. Esser에 의하면 불법행위책임이 평균적 정의(iustitia commutativa)의 표현형태의 하나임을 의미하는데 반하여, 위험책임은 배분적 정의(iustitia distributiva)의 관점에 서있는 문제²⁰⁾라고 하고 있다²¹⁾. 이러한 위험책임의 기초는 “과도한 위험의 사상(übermäßige Gefahr)”인데, 이는 다른 사람에게 대하여 위험을 만들거나 유지하거나 또는 그러한 위험을 통하여 이익을 누리는 자는, 그러한 위험의 현실화로부터 생기는 손해를 다른 사람에게 배상하는 경우에만 그 행위를 할 수 있다는 사상에 근거하고 있다²²⁾. 또한 위험책임은 위험의 전가를 통한 손해인수(Schadensabnahme durch Risikoüberwälzung)에 근거하고 있다. 즉 현대과학기술의 발전으로 야기된 피할 수 없는 위험은, 그러한 기술의 운영과 손해발생간의 뗄 수 없는 관련성 때문에 운영자가 부담하여야 한다는 것이다²³⁾.

(b) 예방(Prävention)

위험책임이 손해인수의 기능 이외에 예방의 효과가 있는지에 관하여

19) Nicklisch, VersR 1991, S. 1095

20) Esser, a.a.O., S. 103; Knebel, ZRP 1989, S. 206; Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I

21) Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985: Adams는 경제학적인 방법을 토대로 하여, 위험책임과 과실책임이 事故에 대해 어떠한 효과를 가지는가 하는 점과 각각의 장단점을 비교·평가했다. 법경제학적 분석의 지도사상은, 가해자가 경제적으로 의미있는 손해회피작용을 할 수 있을 만큼 충분한 자극을 하도록 책임규정을 형성하여야 한다는 것이다. 법경제학적인 측면에서도 기술적인 위험영역에 대하여 위험책임을 인정하는 것은 정의의 요청이라고 하고 있다

22) Deutsch, Haftungsrecht(2. Aufl.), Rn. 636; Erman-Schiemann(9. Aufl.), Vor § 823 Rn. 5; Kötz, Deliktsrecht(7. Aufl.), Rn. 333

23) Will, Quellen erhöhter Gefahr, S. 259 ff.; Kötz, Gefährdungshaftung, S. 1779; Deutsch, a.a.O., Rn. 660

는 다툼이 있는데, 이를 부정하는 견해에 의하면 위험책임의 유일한 목적은 손해인수에 있다고 한다. 그렇지만 이러한 견해도 손해인수라는 주된 목적 이외에 위험책임에 손해의 분산이라는 동기가 있음을 부인하지는 않는다. 즉 운영비용을 감소시키는데 관한 관심이 필연적으로 손해발생의 잠재력을 감소시키게 된다는 것이다²⁴⁾. 그러나 다수의 견해는 위험책임도 역시 손해의 예방에 지대한 공헌을 한다고 보고 있다. 이 견해에 의하면 책임법은 안전수칙의 준수에도 불구하고 발생한 손해에 대한 인수라는 임무뿐만이 아니라, 안전기준의 준수를 보장하고 나아가 손해예방에 관심 있는 생산을 하게끔 자극하는 임무를 가지고 있다는 것이다²⁵⁾.

(3) 위험책임의 인정방법

독일에 있어서 위험책임의 발전은 두 가지의 특징적인 모습을 띠고 있는데, 그 첫 번째는 위험책임의 형성이 판례를 통해서가 아니라 입법자에 의하여 이루어져 왔다는 점이며, 두 번째 특징은 입법자가 일반조항을 통해서가 아니라 특별법의 제정으로 위험책임의 요건들을 규정해 왔다는 점이다²⁶⁾. 즉 다수의 견해는 개별법률을 통하여 위험책임을 규정하여야 한다고 주장하고 있으며²⁷⁾, 판례도 일반적인 위험책임을 거듭

24) Deutsch, a.a.O., Rn. 636

25) 이와 같이 전통적인 견해가 예방기능을 손해배상의 목적 뒤에 존재하는 두 번째의 책임법적 기능으로 파악하고 있는데 반해, 책임법의 경제적 분석(ökonomische Analyse des Haftungsrechts)이론은 위험한 행위의 (국민)경제적인 종합비용을 가능한 한 적게 유지하는 것이 책임규정의 일차적인 임무라고 보고 있다. 이에 관하여는, Wagner, JZ 1991, S. 176 참조

26) Kötz, AcP 170(1970), S. 14 참조

27) Kötz, Deliktsrecht(7. Aufl.), Rn. 334, 371; Jauernig-Teichmann, BGB(7. Aufl.), Vor § 823, II 2; Deutsch, Haftungsrecht(2. Aufl.), Rn. 651; Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I; Erman-Schiemann(9. Aufl.), Vor § 823 Rn. 5;

해서 부인하고 있다²⁸⁾. 개별입법을 통한 이러한 방법은 위험책임의 발생요건을 명백히 함으로써 위험원의 운영자에게 위험책임의 부담에 대한 예측가능성을 확보해 줄 수 있는 장점이 있다²⁹⁾. 그러나 모든 위험원에 대하여 입법자가 개별적으로 법률을 마련할 수는 없으므로, 이미 위험 책임을 인정하고 있는 개별법의 규정을 그 법률에 규정된 위험원과 비슷한 위험원을 가지고 있는 위험원으로부터 위험이 현실화되는 경우에 유추적용할 수 있는지가 문제되며, 나아가 개별법의 형태가 아닌 위험 책임에 관한 일반조항을 두는 방법³⁰⁾도 생각해 볼 수 있다³¹⁾.

독일의 경우 민법전에 위험 책임에 관한 일반규정을 두는 방식을 취하지 않고 위험 책임이 요구되는 분야의 각 개별법³²⁾에 그 책임 규정을 두는 위험 책임에 관한 열거주의(Enumerationsprinzip)³³⁾에 의거하여 위험 책임의 입법을 해 오고 있으며, 독일의 통설과 판례는 이미 존재하는 위험 책임의 구성요건을 유추해석의 방법으로 적용하는 것에 대하여 거

v. Caemmerer, *Wandlungen des Deliktsrechts*, S. 468 f.

28) RGZ 147, 353; BGHZ 16, 366; 54, 332; 55, 229

29) 서광민, *전계논문*, 132면

30) 졸고, *위험 책임과 일반 조항*, 법학논집 제5집(이화여자대학교 법학연구소), 71면 이하

31) 그러나 위험 책임을 반드시 판례가 아닌 입법의 형태 또는 개별적인 입법의 형태로만 규율하여야만 하는 것은 아니다. 외국의 예를 보더라도, 많은 나라들이 판례를 통하여 위험 책임의 고유한 구성요건들을 발전시켜 왔거나 또는 이미 존재하는 책임 규정들을 위험 책임과 구별되지 않을 정도로 해석하여 실제적으로 적용하고 있기도 한다. 예를 들어 오스트리아에서는 학설과 판례가 일반적으로 유추 해석을 통한 위험 책임을 인정하고 있다. Kötz, a.a.O., Rn. 334-5; Will, a.a.O., S. 115 ff.; Koziol, *Erlaubte Risiken und Gefährdungshaftung*, S. 146 f.

32) 예를 들면 독일의 경우 의무 책임법(Haftpflichtgesetz) 제1조, 원자력법(Atomgesetz) 제25조, 의약품법(Arzneimittelgesetz) 제84조, 제조물 책임법(Produkthaftungsgesetz) 제1조, 환경 책임법(Umwelthaftungsgesetz) 제1조, 유전공학법(Gentechnikgesetz) 제32조, 수관리법(Wasserhaushaltsgesetz) 제22조 등이 있다.

33) Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*(1995), Rn. 363; Will, a.a.O., S. 254 ff. 참조

부하고 있는데, 이는 위험책임이 과실책임의 예외라는데 근거를 두고 있다³⁴⁾. 위험책임에 관한 특별법적인 규정을 살펴보면 위험성을 지닌 특정 시설이나 운영의 경우만 매우 제한적으로 위험책임이 규정되어 있다. 그리하여 그러한 법률을 통하여 규율되지는 않았지만 기존의 시설이나 운영보다도 더 위험하여 규율의 필요성이 있는 경우에도 위험책임의 입법이 이루어져 있지 않은 경우들이 있다. 이러한 문제들을 해결하기 위해 법원실무에서는 위와 같은 경우에 과실책임의 원칙하에서 사고예방을 요구하는 정도의 거래안전의무(Verkehrspflicht)의 부과를 통하거나 반증이 불가능한 정도로 과실을 추정하는 방법 등을 통하여 몇몇의 위험성을 지닌 시설이나 운영의 경우에 객관적 책임을 부여하고 있다³⁵⁾. 나아가 민법전에는 특별법의 형태로든 위험책임의 인정에 관한 일반조항을 마련하려는 시도가 있어 왔지만 예측가능성이 확보될 수 없다는 이유로 받아들여지지 않고 있다. 우리나라의 경우도 독일과 사정이 비슷하여 위험책임에 관하여 개별특별법³⁶⁾에 의하여 규율하는 방식을 취하고 있지만, 모든 위험원에 대하여 위험 책임을 인정하는 개별법을 두는 것은 불가능하므로 기존 개별법 규정을 유추적용하는 방식이나 위험책임에 관한 일반조항을 설정하는 방법 등이 주장되고 있다³⁷⁾.

34) 독일연방대법원은 철도로 인한 책임을 스키리프트나 체어리프트에 적용하는 것을 거절하였고(BGH NJW 1960, 1345), 수도관의 파열로 인한 책임을 가스관이나 전기선로 인한 손해에 유추적용하는 것에 관하여서도 거부하였다(BGHZ 55, 229; 54, 332).

35) OLG Karlsruhe VersR 59, 862 = NJW 59, 1589 (스키의 경우); BGH VersR 63, 732; 63, 1049 (총사용의 경우); 이에 관하여 자세히는 Deutsch, VersR 1971, S. 2; Koziol, *Bewegliches System und Gefährdungshaftung*, S. 53 f.

36) 우리나라의 경우 광업법 제91조, 원자력손해배상법 제3조, 제조물책임법 제3조, 환경정책기본법 제31조, 토양환경보전법 제23조, 유류오염손해배상보장법 제4조, 근로기준법 제81조 이하 등이 있다.

(4) 위험책임 입법의 특징

일정한 위험원의 운영에서 발생한 사고손해에 대하여 운영자에게 과실이 없는 경우에도 운영자에게 손해배상책임을 인정하는 것은 피해자의 구제라는 측면에서는 바람직하다고 할 수 있지만, 일정한 위험원의 실현으로 인하여 그 위험원의 운영자가 과도한 손해배상으로 인하여 더 이상 그 위험원을 운영할 수 없는 경우에는 사회경제적인 측면에서 바람직한 것이라고 할 수 없다. 따라서 대다수의 위험책임을 인정하는 입법에서는 위험책임을 인정하면서도 위험원의 운영이 계속될 수 있도록 하는 제도적 방안으로서 손해배상책임을 최고한도를 설정하는 방법과 책임보험에의 가입을 강제하는 등의 방법을 마련하고 있다. 나아가 위험책임을 인정하고 있는 개별법의 대다수는 피해자의 위자료청구에 관하여 별도로 규율하지 않고 있는데, 이에 위험책임의 경우에도 위자료의 청구가 인정될 수 있을 것인지의 여부가 다투어지고 있다.

(a) 위험책임과 책임의 최고한도의 설정

불법행위책임에 대한 위험책임의 중요한 차이점의 하나는, 대부분의 위험책임규정에서 배상책임을 최고한도를 두고 있다는 점이다³⁷⁾. 예컨

37) 특히 1995년에는 한국민사법학회의 불법행위법개정안연구소위원회에서 위험책임에 관한 일반조항의 시안을 마련하였는데, 그 내용을 보면 다음과 같다. “특별한 위험이 내재하는 시설이나 물건의 보유자는 그 시설이나 물건의 위험성으로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다. 그러나 손해가 피해자의 고의나 중대한 과실 또는 불가항력에 의하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.” 이에 관하여, 민사법학 제15호, 173면 이하 참조; 이와 별도로 특별법이나 민법전에 위험책임에 관한 일반조항을 두기 전까지 위험한 시설이나 설비로부터 발생하는 위험으로 인한 손해배상이 문제되는 경우 민법 제758조의 공작물의 개념을 확대·유추적용하는 방식으로 이를 해결하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이에 관하여는 강봉석, 전계논문, 85면 이하 참조

38) Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I 1 e); Deutsch, Haftungsrecht(2. Aufl.), Rn. 703; Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 20, 그러나 책임의 최고한도의

대 독일의 경우 의약품법 제88조, 제조물책임법 제8조, 환경책임법 제15조, 유전공학법 제33조, 도로교통법 제12조, 의무책임법 제9조 등에서 책임의 최고한도를 설정하고 있다. 책임의 최고한도의 제한은 전체위험을 개관할 수 있도록 하며, 무제한의 책임으로부터 배상의무자를 보호하고 위험원의 사업자로 하여금 그 위험을 보험에 가입하기 쉽게 해준다고 한다³⁹⁾. 또한 이러한 책임한도를 통해 실무에서 피해자에게 충분한 배상이 보장되지 않는 상황이 거의 발생하지 않게 된다고 한다.

그러나 위험책임의 영역에서 이러한 책임의 최고한도를 유지하여야 하는가에 관하여 견해가 대립하고 있는데, 최근의 지배적인 학설은 위험책임에 책임의 최고한도를 설정하는 것에 대하여 반대하고 있다⁴⁰⁾. 즉 위험책임의 최고한도를 설정하는 것은 도그마적인 면이나 역사적인 면에서나 위험책임의 본질에 속하지 않는다는 것이다. 또한 책임의 최고한도의 설정이 위험을 보험화 하는데 기여할 수 있다는 주장에 대해서는, 불법행위적인 거래안전의무(Verkehrspflicht)의 침해로 인한 위험의 경우도 책임의 최고한도의 제한이 없는 경우이지만 실제 보험화하고 있다고 한다. 즉 보험화의 문제는 책임의 범위에 따라 결정되는 것이 아니라, 손해발생의 위험에 따라 결정된다는 것이다⁴¹⁾.

제한이 없는 위험책임규정도 역시 존재하고 있으며, 독일민법 제833조과 수관리법 제22조 등이 대표적인 경우이다.

- 39) Deutsch, a.a.O., Rn. 636; Dürr/Schubert, ZRP 1975, S. 227; Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I 1; Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 21: 만약 책임의 제한이 없으면, 위험책임을 통하여 부과된 개발위험과 다른 위험들을 고려할 때 위험한 시설과 작업에 대해 거의 보험에 가입하는 것이 불가능해 진다고 한다.
- 40) Kötz, AcP 170(1970), S. 36 ff.; v. Caemmerer, Reform der Gefährdungshaftung, S. 257; Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I 1; Deutsch, a.a.O., Rn. 703 f., 714
- 41) Becker-Schwarze, Die haftungsrechtlichen Regelungen des Gentechnikgesetzes, S. 6; Koch/Ibelgauffs, GenTG § 33 Rn. 4

(b) 위험책임과 책임보험

만약 배상의무자에게 지급능력이 없으면 위험책임의 규정을 통하여 피해자를 보호한다는 것이 의미가 없어지게 되며, 반대로 과도한 손해 배상에 의하여 사업자가 더 이상 위험원을 운영할 수 없다면 사회경제적인 관점에서 바람직하지 않을 것이다. 그리하여 같은 종류의 위험을 안고 있는 위험원의 운영자들 사이에 손해배상책임으로 인한 손실의 위험을 분산시키기 위하여 책임보험제도가 발달하였는데, 책임보험의 도입으로 위험원의 운영자들은 일정한 책임보험료만 지급하면 안심하고 자신의 위험원의 사업을 계속적으로 운영할 수 있으며, 피해자도 보험자를 통하여 자신의 피해를 구제 받을 수 있게 되며, 보험자 입장에서 책임의 최고한도의 설정을 통하여 자신들이 지급하여야 할 보험금이 한정되어 있으므로 보험금의 지급에 대한 예측가능성을 가질 수 있게 된다. 위험책임을 인정하는 개별법들 중에는 이러한 책임보험의 가입에 관하여 규율하고 있는 경우도 있다. 이와 관련하여 독일의 경우 의약품법 제94조, 환경책임법 제19조, 원자력법 제13조, 유전공학법 제36조 등은 책임보험의 가입에 관하여 규율하고 있다. 우리나라의 경우에도 역시 위험책임을 인정하고 있는 원자력손해배상법 제5조, 자동차손해배상보장법 제5조가 책임보험의 가입에 관하여 규정하고 있다.

(c) 위자료의 인정여부

일반적으로 위자료는 두 가지 기능이 있다고 한다. 즉 위자료는 피해자에게 재산적이 아닌 손해에 대해 적절한 조정을 제공하는 기능(조정 기능)⁴²⁾과, 동시에 가해자가 피해자에게 침해행위를 한 것에 대해 피해

42) Ausgleichsfunktion

자를 만족시키는 기능(만족기능)⁴³⁾이 있다고 한다⁴⁴⁾. 그 중 위자료의 만족기능은 위법하고 비난할 만한 행위를 전제로 하기 때문에 위험책임에서는 그 역할을 담당하지 못하고 주로 명예의 침해나 다른 인격권의 침해의 경우에 중요성을 띠고 있으므로, 위험책임의 영역에서는 위자료의 조정기능이 중요한 임무를 수행한다고 할 수 있다⁴⁵⁾. 이에 피해자가 위험책임을 인정하는 영역에서 위자료를 청구할 수 있는지에 관하여 견해의 대립이 있다. 독일 민사법은 위자료의 청구를 단지 과책을 요구하는 불법행위책임의 경우에만 보장하고 있으며⁴⁶⁾, 위험책임을 인정하고 있는 개별법은 원칙적으로 위자료의 청구를 인정하지 않고 있다. 이러한 차이가 정당한 것인가에 대해서는 오랫동안 논란의 대상이 되어 왔다. 일부의 견해는 만약 위자료의 청구를 위험책임의 경우에도 인정하면 책임보험료의 인상을 불러올 수밖에 없으며, 나아가 위자료를 인정하지 않는 것은 위험책임이라는 엄한 책임을 인정하는데 대한 보완을 의미한다는 것이다⁴⁷⁾. 따라서 위자료청구권은 단지 일반적인 불법행위법에 근거해서 발생할 수 있으므로, 위험원의 운영을 통해 발생한 사고손해로 인한 피해자가 위자료의 청구를 하기 위해서는 위험책임을 인정하고 있는 개별법의 위험책임만을 주장해서는 부족하고 나아가 일반 과실책임의 원칙에 근거하고 있는 불법행위법에 근거하여야 한다고 주장한다⁴⁸⁾. 이에 반대하는 견해는 위험책임의 영역에서 위자료의 조정

43) Genugtuungsfunktion

44) 위자료의 이러한 기능들에 관하여는 Deutsch, a.a.O., Rn. 905 ff.; Kötz, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 392; Lange, Schadensersatz(2. Aufl.), § 7 IV 2; Larenz/Canaris, a.a.O., § 83 III 2 참조

45) Deutsch, a.a.O., Rn. 704, 908; Dürr/Schubert, ZRP 1975, S. 227; Kötz, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393

46) 이에 대한 독일민법에서의 예외로서 제833조 1문의 동물보유자책임의 경우에는 위자료청구권이 인정된다고 일반적으로 이해되고 있다.

47) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG § 32 Rn. 51

기능은 일반적으로 인정되어야 하므로 위험책임의 경우에 피해자에게 위자료의 청구를 인정하는 것이 타당하며 이렇게 보는 것이 다수의 견해라고 한다⁴⁹⁾.

(5) 과실책임과의 관계

앞에서 본 바와 같이 위험책임은 과책과 위법성을 그 요건으로 하고 있지 않으므로 과실책임과는 도그마적으로 뿐만 아니라 실제적으로도 분명하게 구별되고 있지만, 그럼에도 불구하고 양자는 같은 책임사고에 문제되는 일이 적지 않다. 이 경우 위험책임이 과실책임과 동위적으로 독자적인 귀책원칙으로서 인정될 수 있는지에 관하여 견해가 나누어지고 있다. 첫 번째 견해는 위험책임을 과실책임의 예외로 보고 있는데, 그 근거로 들고 있는 것은 다음과 같다. 즉 독일에서 위험책임은 원래 과실책임의 예외로 발전해 왔으므로 모든 비과책(非過責)적인 책임은 예외로 다루어져야 하며, 따라서 이것들은 법에 명문으로 규정되어야만 한다고 주장한다⁵⁰⁾. 이러한 주장에 대해 위험책임을 독자적인 귀책원칙으로 보는 견해가 있는데, 이 견해는 위험책임의 과실책임의 원칙에 대한 예외성을 단지 역사적인 것으로 파악하고 산업사회에서는 더 이상 적합하지 않다고 한다. 그리하여 위험책임의 구성요건을 해석함에 있어서 제한적으로 해석할 필요도 없으며, 오히려 위험책임은 독자적인

48) Deutsch, *Medizinrecht*(3. Aufl.), Rn. 650; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, *GenTG* § 32 Rn. 51; Landsberg/Lülling, *Umwelthaftungsrecht*, S. 306

49) v. Caemmerer, *Reform der Gefährdungshaftung*, S. 256 f.; Deutsch, a.a.O., Rn. 704; Kötz, *Deliktsrecht*(7. Aufl.), Rn. 370; Larenz/Canaris, a.a.O., § 84 I 1 d); Will, a.a.O., S. 327 f.: Will은 독일민법 제835조에 일반적인 위험책임조항을 두어, 이를 통하여 위자료청구권이 보장될 수 있도록 제안하고 있다.

50) Rinck, a.a.O., S. 6; Staudinger-Schäfer, *Vor § 823 Rn. 14*; Brüggemeier, *Deliktsrecht*, Rn. 13 ff.

귀책원칙을 의미한다고 파악하고 있다⁵¹⁾. 특히 산업사회에서 과실의 개념이 새롭게 정의되고 있기 때문에, 위험책임을 통하여 과실책임을 보완하는 것이 필수적으로 되어 가고 있다고 한다.

III. 유전공학과 책임문제

1. 유전공학의 특질과 이에 따른 책임문제의 특수성

유전공학을 이용하면 어떤 유기체의 유전자를 일정한 목적을 가지고 변형시켜 그 유기체의 특성 내지 성질을 변경시킬 수 있으며, 혹은 유전자의 변경 또는 합성을 통하여 종전과는 다른 유기체를 생산할 수도 있다. 이러한 유전공학의 급속한 발전은 식량문제, 영양문제, 질병문제 등 인류의 문제 해결에 큰 기회를 제공하는 반면에 그로부터 생길 수 있는 위험도 다른 기술분야와는 다른 유전공학기술의 특수성으로 인하여 종전의 위험과 다른 다음과 같은 특수성이 존재하고 있다⁵²⁾. 즉 외부에 방출된 미생물의 통제가 불가능하여 손해가 무한히 확대될 수 있으며, 다른 생물체로의 유전자대체가 후에 예상하지 못한 결과를 가져다 줄 수 있으며, 이들 생물체들이 돌연변이를 통하여 원래 존재했던

51) Deutsch, *Haftungsrecht*(2. Aufl.), Rn. 642; 특히 서광민 교수는 위험책임을 과실책임과 다른 공통적인 속성과 요소를 가진 또 하나의 고유한 책임원칙으로 이해하면서, 이렇게 함으로써 위험책임을 규정하고 있는 개별특별법의 규정을 그 법률이 규정하고 있는 위험원과 비슷한 위험성을 지니고 있는 위험원의 운영중에 발생한 사고에 유추적용할 수 있다고 한다. 이에 관하여 서광민, 전계논문, 136면 이하 참조

52) 유전공학의 기회와 위험에 관하여는 줄저, 독일유전공학법, 이화여대 법학연구소(2000) 4면 이하 참조

유전자정보의 변형이 발생할 수 있으며, 더군다나 유전자변형제품이나 유전자변형미생물로 말미암은 인간과 자연에 대한 위험은 즉시 나타나기보다는 많은 시간의 경과 후에 드러나며, 특히 병인성의 바이러스의 경우에는 종종 오랜 잠복기간 때문에 그로 인한 질병이 인식되기 전에 많은 감염자가 발생할 수 있다는 것이다. 또한 가장 기본적으로는 이러한 위험을 제거할만한 충분한 지식과 기술을 아직 가지고 있지 못하다는 것이다. 유전공학작업과 관련된 이러한 위험은 그 유전공학작업에 종사하고 있는 사람의 건강뿐만이 아니라 다른 사람의 건강, 나아가 동물과 식물을 비롯한 전체 환경을 위협하고 있다.

유전공학작업 사고가 발생의 경우에 그로 인한 손해배상을 청구하기 위한 법리로 피해자가 유전공학작업의 사업자에 대하여 먼저 불법행위에 기한 손해배상청구권을 청구할 수 있을 것이다⁵³⁾. 그러나 효과적인 손해배상을 위해서는 과실책임의 원칙(Verschuldensprinzip)에 근거하고 있는 불법행위로 인한 손해배상책임법리로는 충분하지 않은 면이 있다. 왜냐하면 불법행위책임이 성립하기 위해서는 가해자의 고의 또는 과실과 나아가 가해자의 책임능력을 요구하고 있는데, 유전공학의 운영에 따른 사고손해가 운영자의 과실에 기인함이 없이 발생할 수 있으며, 설령 운영자의 과실에 기하여 손해가 발생하였다고 하더라도 전문적 지식이 없는 피해자로서는 운영자측의 과실을 입증한다는 것이 많은 경우에 쉽지 않기 때문이다. 그리하여 독일의 경우 위험책임을 인정하는 입법이 이루어졌는데, 다음에서는 이에 관하여 살펴봄으로서 생

53) 이 경우 과실입증의 곤란과 관련하여 독일에서는 거래안전의무(Verkehrspflicht)이론이 발달하였다. 거래안전의무에 관하여는, v. Bar, Verkehrspflichten(Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1980); 김상용, 불법행위법, 법문사(1997), 52면 이하; 윤용석, 서독 불법행위법상의 소위 Verkehrspflicht에 관한 고찰, 부산대학교 법학연구 27권 1호(1984), 12면 이하 참조

명공학의 발전에 따른 법적 책임문제의 대응의 한 예를 삼고자 한다.

2. 독일 유전공학법상의 위험책임

(1) 서

유전공학의 특유한 위험성으로 인하여 유전공학적 작업의 안전성을 마련하고 그로 인한 손해발생시 손해배상에 관한 내용을 규율할 법적인 장치를 마련하는 것이 절실히 요구되어, 독일에서는 유전공학법(Gentechnikgesetz)이 1990년에 제정되었다. 동법은 제32조 이하에서 손해배상책임 관련규정을 두고 있는데, 먼저 유전공학적으로 변형된 유기체의 속성에 의하여 손해가 발생한 경우 유전공학적 사업자의 과실을 문제삼지 않는 위험책임을 인정하는 규정(제32조 제1항)을 두고 있다. 나아가 동법은 손해배상의 최고한도를 설정하고(제33조), 일정한 경우 인과관계를 추정하고 있으며(제34조), 피해자에게 유전공학적 사업자와 관련관청에 대한 정보제공청구권을 인정하고 있다(제35조). 또한 제36조는 사업자에게 책임보험의 가입을 포함하고 있는 손해배상의 담보제공의무를 규정하고 있으며 마지막으로 제37조는 다른 책임규정과의 관련에 관하여 규정하고 있다⁵⁴⁾. 다음에서는 그 중에서 위에서 언급한 위험책임 입법의 특징면에서 그 내용을 살펴보고자 한다.

(2) 유전공학위험책임

유전공학법 제32조 제1항은⁵⁵⁾ “유전공학적 작업에 기인하는 유기체

54) 각 규정에 관하여 상세하게는 졸고, 독일유전공학법(이화여자대학교 법학연구소), 35면 이하 참조

55) Wird infolge von Eigenschaften eines Organismus, die auf gentechnischen

의 특성으로 인하여 사람이 사망하거나 신체나 건강이 침해되거나 물건이 훼손된 경우에, 사업자는 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무가 있다” 라고 규정하여 유전공학작업으로 인한 사고손해에 대하여 위험책임을 인정하고 있다. 이러한 유전공학위험책임을 특정행위나 특정절차에만 관련되어 있는 것이 아니라, 유기체가 어떠한 유전공학작업에 의하여 만들어 졌는가 아니면 그것이 어떻게 사용되었는가와 관계없이, 모든 유전자변형유기체에 일반적으로 적용된다⁵⁶⁾. 즉 유전공학책임을 연구와 제작시설에서의 유전공학작업, 유전자변형유기체의 방출 및 유전자변형유기체를 포함하거나 그것으로 구성된 제품의 출시에 적용된다. 그리고 유전공학위험책임을 위법한 행태를 그 요건으로 하고 있지 않으므로 정상적인 운영의 과정 중에 발생한 사고손해의 경우도 손해배상책임을 인정된다. 그리고 동조는 유전공학작업 사고로부터 생길 수 있는 모든 손해로부터 사람들을 보호하는 것이 아니라 보호법익을 열거하고 있으며, 이러한 보호법익의 침해가 유전공학작업에 근거하고 있는 유기체의 특성에 의하여 발생한 경우에만 동조가 적용되므로, 법익침해가 유전공학작업에 근거하지 않은 경우에는 동조의 책임문제는 발생하지 않는다. 이러한 유전공학위험책임을 유전공학작업의 사업자가 작업당시의 학문과 기술 수준에 따라 최대한의 주의 의무를 기울여도 인식하거나 회피할 수 없었던 손해인 개발위험(Entwicklungsrisiken)의 경우에도 인정된다⁵⁷⁾.

Arbeiten beruhen, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Betreiber verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

56) Deutsch, VersR 1990, S. 1041; Damm, JZ 1989, S. 564; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG §32 Rn. 1; Koch/Ibelgauf, GenTG §32 Rn. 13; Staudinger-Kohler, GenTG §§ 32, 34, 35, 37 Rn. 2

57) 유전공학에 있어서는 개발위험이 본래의 제일차적인 위험이다. BT-Drucks

또한 동법은 유전공학의 영역에서 피해자의 인과관계의 입증의 곤란을 덜어주기 위하여 일정한 인과관계를 추정하는 규정을 두고 있는데 그 내용을 보면, 손해가 유전자변형유기체에 의하여 야기되었다면 그 손해가 유전공학적 작업에 근거하는 유기체의 특성에 의하여 야기되었다고 추정된다(동법 제34조 제1항). 그러나 이러한 원인추정(Ursachenvermutung)은 불완전한 것이어서 손해가 유전자변형유기체에 의하여 발생되었다고 인정되는 경우에만 그러한 손해가 유전공학적으로 변형된 속성에 의하여 야기되었다는 추정이 이루어지므로, 근본문제 즉 손해가 유전자변형유기체에 의하여 야기되었는지에 대한 문제에 대하여는 일반적인 입증책임원칙이 적용되어 피해자 자신이 입증책임을 부담하여야 한다. 나아가 동법은 유전공학적 사고의 피해자가 일반적으로 인과관계의 입증을 위한 필요한 전문지식이 결여되어 있는 점을 감안하여, 공평의 원칙에 근거하여 피해자에게 유전공학적 작업의 사업자와 해당관청에 대한 정보제공청구권을 부여하고 있다(동법 제35조).

(3) 책임의 최고한도

유전공학법 제33조는 위험책임이라는 엄한 책임에 대한 조정으로서 책임의 최고한도를 규정하고 있는데 그 내용을 보면, 제1문은 유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 속성의 결과로 손해가 발생한 경우 사업자는 피해자에게 1억 6천만 마르크의 최고한도까지 책임이 있다고 규정하고 있다. 또한 동조 제2문에 따르면 동일한 사건을 통해 여러 명에게 지급해야 할 배상금액이 제1문의 최고액을 초과하는 경우에는 지급해야 할 전체금액과 최고액과의 비례에 따라 개개의 배상액이 줄어들게 된다. 그런데 이러한 책임최고한도의 설정에도 불구하고 유전공학적

작업에 의한 사고의 피해자가 더 큰 손해를 입은 경우 피해자가 전손해의 배상을 청구할 수 있는지가 문제되는데, 책임최고한도의 설정은 유전공학작업의 사업자에게 엄격한 책임을 부여하고 있는 것에 대응한 책임의 제한이라고 할 수 있으므로 이를 인정할 수 없다는 입장도 있지만, 피해자는 만약 그 손해가 사업자의 위법하고 유책한 행위로 인하여 발생하였다는 점을 입증하면, 유전공학법 제32조에 의한 청구권이외에 독일민법 제823조에 의하여 책임최고액의 제한이 없는 손해배상을 청구할 수 있다고 봄이 타당할 것이다⁵⁸⁾.

(4) 유전공학위험책임과 담보제공의무

만약 손해배상의무자에게 지급능력이 없으면 위험책임을 통하여 피해자를 보호한다는 것이 의미가 없어지게 되므로, 입법자는 피해자의 이익을 위하여 일정한 유전공학작업의 사업자에게 손해배상의 담보제공의무를 규정하고 있다(유전공학법 제36조). 구체적으로 살펴보면 동조 1항은 안전상단계 2에서 4까지의 유전공학작업이 수행되어져야 하는 유전공학작업 시설을 운영하는 사업자나 유전자변형유기체를 방출을 하려고 하는 사업자는, 유전공학작업에 기인하는 유기체의 속성을 통하여 야기되는 손해의 담보를 제공할 의무가 있다고 규정하고 있다. 담보제공의 방법으로 동조 2항은 보험회사에서의 책임보험, 연방이나 주의 면제나 보증, 또는 보험회사의 책임보험에 의한 담보제공과 같은 정도의 안전을 제공하는 금융기관의 면제나 보증과 같은 담보의 종류를 규정하고 있다⁵⁹⁾. 이와 같은 유전공학법 제36조에 의한 담보제

58) BT-Drucks, 11/6778, S. 47; Eberbach/Lange/Ronellenfisch-Landsberg/Lülling, GenTG § 33 Rn. 19; Kötz, Gefährdungshaftung, S. 1825

59) Eberbach/Lange/Ronellenfisch-Landsberg/Lülling, GenTG § 36 Rn. 6

공의무와 관련하여 문제가 되는 것은, 담보제공의무가 동법 제32조에 의한 책임의 경우에 제한되는가 아니면 다른 손해배상청구권과도 관련되는가 하는 점이다. 일부 견해는 담보제공의무가 명시적으로 유전공학법 제32조의 책임의 경우에 제한되어 있다고 보고, 그 근거로서 동법 제36조 1항 1문이 명시적으로 유전공학적 작업에 기인하는 손해에 대해 담보제공의무를 진다고 규정하는 점을 들고 있다. 이러한 주장에 대해 지배적인 견해는 유전공학법 제36조는 동법 제32조에 의한 청구권 뿐만 아니라, 불법행위법에 의한 다른 손해배상청구권의 경우에도 적용된다고 한다. 즉 유전공학적 위험의 실현을 통해 발생한 손해가 어떤 청구권을 기초로 하고 있는가에 따라 결정되어서는 안 된다는 것이다⁶⁰⁾.

3. 우리나라에서의 유전공학책임

유전자변형유기체의 특성을 통하여 법익침해가 발생한 경우, 우리나라에는 아직까지 위험책임을 인정하고 있는 독일의 유전공학법과 같은 특별법이 제정되어 있지 않고 있으므로 현행법의 테두리 내에서 피해자의 손해배상에 관한 이론구성을 할 수밖에 없다⁶¹⁾. 먼저 위험책임을 규정하고 있는 환경정책기본법과 토양환경보전법의 책임규정은 유추해석의 제한으로 그 적용이 불가능하며, 제조물책임법상의 책임규정의 적용도 개발위험의 항변이 인정되는 등의 여러 난점들이 있다. 또한 일반

60) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, VersR 1990, S. 1202; BT-Drucks, 11/6778, S. 48; Landsberg/Lülling, Umwelthaftungsrecht, S. 311

61) 우리나라에서의 유전공학책임에 관하여는 줄고, 유전공학에서의 손해배상책임, 환경법연구(제24권 1호), 275면 이하 참조

불법행위법에 의하여 손해배상청구를 하는 것도 과실과 인과관계의 입증에 쉽지가 않고, 유전공학적 작업이 정상적으로 운영된 경우에는 그 침해의 위법성이 없어 민법 제750조를 적용할 수 없는 등의 문제점이 발생한다. 따라서 유전공학적 영역에서의 사고손해로 인한 피해자의 구제는 그만큼 제한적일 수밖에 없다. 그러므로 유전공학기술의 위험의 특수성을 고려해 볼 때 유전공학적 사고손해의 경우 위험책임을 인정하는 내용을 지닌 특별법의 제정이 요청되며, 이러한 법률에는 위에서 언급한 바와 같이 책임의 최고한도를 설정하고 책임보험에의 가입을 강제하는 방법을 통하여 유전공학적 작업의 운영이 계속적으로 될 수 있도록 하여야 할 것이다.

IV. 맺는 말

지금까지 생명공학기술의 발전에 대응하는 법적 책임문제를 유전공학기술을 중심으로 살펴보았다. 이러한 과학기술의 영역에서는 기술의 운영자가 기존의 모든 안전수칙을 준수하더라도 손해의 발생을 완전히 예방할 수는 없으므로 효과적인 손해전보의 법리를 마련하는 것이 필요하다. 그러나 과실책임의 원칙에 근거하고 있는 기존의 책임법에 의하여서는 위험원의 운영에 따른 사고손해가 운영자의 과실에 기인함이 없이 발생하거나 설령 운영자의 과실에 기하여 손해가 발생하였다고 하더라도 전문적 지식이 없는 피해자로서는 운영자측의 과실을 입증한다는 것이 많은 경우에 쉽지 않기 때문에 피해자의 손해전보가 완전하지 않다. 또한 기존 과실책임의 원칙의 난점을 해소하기 위하여 구체적

인 경우에 과실의 추정, 고도의 주의의무의 부과 등의 학설·판례상의 이론 등을 통하여 피해자를 구제하는 방법을 생각해 볼 수도 있지만, 이는 법적 근거 없이 해석에 의하여 이루어지는 것이므로 법적 안정성을 피할 수 없다 할 것이다. 근본적으로 위험원의 운영으로부터 이익을 얻는 자는 그 위험원으로부터 위험이 현실화되는 경우에는 그에게 과책이 없다고 하더라도 위험을 부담하는 것이 공평하다고 할 것이다. 따라서 위험원의 운영과 관련된 기술의 영역에서는 기존의 과실책임의 원칙과는 달리 위험책임의 법리를 도입하여 문제되는 경우에 무과실 책임을 인정하는 노력이 필요하다고 할 것이다. 그러나 위험책임의 인정으로 인하여 기존 위험원의 운영자가 손해배상의 부담으로 인하여 그 위험원을 더 이상 운영하지 못하는 것은 사회경제적으로 바람직하지 않으므로 이의 보완을 위한 책임의 최고한도의 설정과 책임보험에의 가입 등의 제도가 마련되어야 할 것이다.

【Zusammenfassung】

Lebenstechnologie und Haftungsprobleme

Kang, Bong-Seok

In bezug auf die schnelle Entwicklung der modernen Lebenstechnologie, insbesondere Gentechnologie ist die adäquate Haftungsregelung erforderlich. Für einen effizienten Schadensausgleich bietet die Verschuldenshaftung aber keinen angemessenen Lösungsansatz, da die Schäden in diesem Bereich nach dem Stand von Wissenschaft und Technik trotz Anwendung größter Sorgfalt nicht vermieden werden können und ein Verschuldensnachweis in sehr vielen Fällen nicht geführt werden kann. Daher ist eine objektive Haftung bzw. Gefährdungshaftung erforderlich.

Die Gefährdungshaftung setzt im Gegensatz zur deliktischen Haftung ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten nicht voraus. Als Preis für die rechtliche Zulassung seines technischen Systems hat der Techniknutzer für die auch im Falle der rechtmäßigen Nutzung dieses Systems geschaffenen Gefahren einzustehen. Die Kosten sollen also für die Anlage oder das Verhalten demjenigen auferlegt werden, der davon den Nutzen hat.

Wie die meisten Tatbestände der Gefährdungshaftung hat das deutsche Gentechnikgesetz die Regelungen der Haftungshöchstgrenze und Deckungsvorsorge. Die Haftungshöchstsumme ermöglichen dem Betreiber, das wirtschaftliche Risiko zu kalkulieren und zu vertretbaren Konditionen zu versichern, und dienen auch zweckmäßiger Schadenssteuerung. Um die Geschädigten im Schadensfall ihre Entschädigungsansprüche voll realisieren zu können, ist der Betreiber verpflichtet, eine Deckungsvorsorge durch eine Haftpflichtversicherung oder durch eine Freistellungs- oder Gewährleistungsverpflichtung des Bundes oder eines Landes zu treffen. Beim über die Höchstgrenze hinausgehenden Schaden muss der Geschädigte aber auf die Verschuldenshaftung zurückgreifen. Um den Geschädigten im technischen Schadensfall eine adäquate Schadensausgleich zu ermöglichen, ist es daher erforderlich, im unseren Gesetzgebungsverfahren diese Standpunkte zu berücksichtigen.